

FONDEMENTS DU DROIT EUROPÉEN

Le juge en droit européen et international

The Judge in European and International Law

Ouvrage édité par Samantha Besson
et Andreas R. Ziegler

Avec la collaboration de
Fatimata Niang

Collection dirigée par Samantha Besson et Nicolas Levrat

Le juge en droit européen et international

The Judge in European and International Law

Ouvrage édité par Samantha Besson et
Andreas R. Ziegler

Avec la collaboration de
Fatimata Niang

LGDJ
lextenso éditions

Schulthess § 2013
ÉDITIONS ROMANDES

Création de la couverture: © Valérie Salvo

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2013

ISBN 978-3-7255-6832-1
Diffusion en France

Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle
Lextenso Editions, Paris, www.lextenso-editions.fr

www.schulthess.com

Sommaire

Table des matières	VIII
Liste des contributeurs	XV
Avant-propos	1
Introduction	3
 Samantha Besson	
<i>De quelques considérations philosophiques sur la justice internationale Ou comment dépasser l'amour impossible entre droit international et justice internationale</i>	15
 IRE PARTIE : LE JUGE EN DROIT INTERNATIONAL /THE JUDGE IN INTERNATIONAL LAW	43
 Ernst-Ulrich Petersmann	
<i>Multilevel Judicial Governance in European and International Economic Law</i>	45
 Johan Rochel	
<i>The ICJ Facing Self-determination: Drawing Lessons for the Role of the Court</i>	65
 Sévrine Knuchel	
<i>'Words, Words, Words... Where are the Values?' Assessing the International Judge and Jus Cogens</i>	87
 Etienne Henry	
<i>Le juge international et les nécessités militaires</i>	105

Marie-Louise Gächter-Alge

Judges Facing the Challenge of Multilingual International Criminal Courtrooms 123

Denise Wohlwend

International Judicial Law-making and the Sources Thesis – Judicial Law’s Validity in Question 141

II^E PARTIE : LE JUGE EN DROIT EUROPÉEN / THE JUDGE IN EUROPEAN LAW 161

Pierre d’Argent

Participation à l’Union et règlement juridictionnel des différends 163

Stéphanie Murenzi

La cohérence dans le raisonnement des juges européens 173

Fatimata Niang

Des contraintes européennes sur le juge suisse 193

Sofia Papoutsis

Between European Legal Pluralism and the Use of Transnational Precedent in European Private Law Adjudication 209

Marie Guilpain

L’influence du droit européen des clauses abusives dans le prétoire national 229

III^E PARTIE : LE JUGE ET LES DROITS DE L'HOMME / THE JUDGE AND HUMAN RIGHTS LAW 253

Andreas R. Ziegler et Bertram Boie

*Le rôle du juge dans la hiérarchisation entre droit international économique
et droits de l'homme* 255

Alain Zysset

*The Judge at the European Court of Human Rights: 'Moral Reading of
Human Rights' or Just 'Reading of Moral Rights'? A Critique of Letsas* 281

Sarah Lambrecht

*The Attitude of Four Supreme Courts towards the European Court of
Human Rights: Strasbourg has spoken...* 301

De quelques contraintes européennes sur le juge suisse

Introduction

Les relations économiques entre l'Union européenne et la Suisse ont connu un essor remarquable depuis l'entrée en vigueur du deuxième paquet d'accords bilatéraux¹. Visant des domaines spécifiques, ces conventions ont pour objectif de palier les inconvénients qui résultent de la participation partielle de la Suisse au marché intérieur de l'Union européenne. Le choix de la voie bilatérale est souvent analysé par la doctrine juridique et les analystes en science politique comme l'expression de la volonté du peuple suisse de ne pas s'engager dans la voie de l'adhésion. Outre les avantages qu'elle comporterait en terme institutionnel et particulièrement la participation au processus décisionnel, une adhésion aurait aussi pour conséquence une soumission au système juridictionnel unional², avec le monopole interprétatif dévolu à la seule Cour de justice de l'Union européenne. Cette contrainte juridictionnelle prend une dimension particulière dans les relations entre l'Union européenne et la Suisse en raison du statisme des accords, qui n'exclue pas leur interprétation dynamique.

Il ne suffit pas pour autant de ne pas appartenir à l'Union européenne pour échapper à l'impact de la jurisprudence de la Cour. Considérant que les accords internationaux sont une source de la légalité de l'Union³, la Cour de justice a depuis longtemps admis de les interpréter, prenant en compte l'économie et les buts

* Je remercie Dr Anne-Christine Fornage et Clémentine Mazille pour leur relecture et leurs critiques constructives.

¹ Pour une présentation synthétique et didactique, voir, *inter alia*, René SCHWOK, *Suisse-UE : l'adhésion impossible ?*, 2^{ème} éd. mise à jour, Lausanne, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2010.

² Afin d'offrir une lecture harmonieuse, le terme « unional » sera préféré à « communautaire ».

³ CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449, pt 5.

de l'accord⁴. C'est donc sans doute conscient de cette réalité que les signataires suisses ont voulu canaliser le risque d'une jurisprudence unionale invasive⁵. Ainsi, l'Accord sur la libre circulation des personnes comporte une disposition qui détermine l'articulation entre les décisions du Tribunal fédéral et la jurisprudence européenne antérieure à sa signature lorsqu'elle est de nature à affecter l'accord.

L'existence de cette disposition défensive n'a toutefois pas dissuadé le juge suisse d'user de méthodes d'interprétation de nature à l'affaiblir, à la faveur d'une réception ouverte de l'acquis. Le Tribunal fédéral s'est ainsi souvent cru autorisé, en endossant une interprétation empruntée aux méthodes de la Cour de justice, à donner une approche jugée quelque peu déviante, critiquée par une partie de la doctrine en Suisse⁶, desdits accords. En effet, si l'on met de côté l'accord sur le transport aérien, qui procède à une reprise intégrale de l'acquis unional, l'accord sur la libre circulation des personnes par exemple, se caractérise par un foisonnement interprétatif qui tend à le rapprocher du développement créatif caractéristique de la jurisprudence de la CJUE.

Il résulte de l'examen de son interprétation que le qualificatif « bilatéral » s'avère dès lors impropre à refléter la réalité d'une coopération *sui generis*⁷. La force synallagmatique qui caractérise toute convention est absente du dialogue⁸ qui s'est

⁴ La jurisprudence de la Cour s'est essentiellement développée dans le champ des accords d'association c'est-à-dire des conventions à la portée transitoire, dans l'attente d'une adhésion ultérieure.

⁵ Cédric DUPONT, Pascal SCIARINI, Caroline EGGLI, « Entre cohérence et efficacité : la Suisse dans les négociations bilatérales avec l'Union Européenne », *Swiss Political Science Review*, no 4, vol. 7, 2001, pp. 5-37.

⁶ Astrid EPINEY, critique la reprise systématique des méthodes d'interprétation de la Cour de justice par le Tribunal fédéral pour offrir des réponses dans le champ du droit économique, sans une réflexion d'ensemble sur le sens général qu'il convient de donner à une disposition eu égard à son contexte ainsi qu'à son but (« How Does European Union Law Influence Swiss Law and Policies? », in Stéphane NAHRATH, Frédéric VARONE, *Rediscovering Public Law and Public Administration in Comparative Policy Analysis: a Tribute to Peter Knoepfel*, Bern 2009, p. 179-196, spéc. p. 185); Maya HERTIG RANDALL, « The Europeanisation of Fundamental Rights Protection in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back », in Henk SNIJDERS et al., dir., *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich, 2009, pp. 53-77.

⁷ Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformations: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », *European University Institute Working Papers, Max Weber Paper*, 2008/32 ; Carl BAUDENBACHER, « Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law », *Revue de droit suisse*, vol. II, 2012, pp. 419-673.

⁸ La Professeure Maya Hertig offre une définition du dialogue non idéale, de laquelle des enjeux de domination peuvent surgir (Maya HERTIG RANDALL, « Le dialogue entre le juge

matérialisé entre la Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal fédéral. En réalité, on observe une forme de déférence⁹ du juge suisse vis-à-vis du juge de l'Union.

L'objectif de cette contribution est donc d'analyser, dans le champ de l'accord sur la libre circulation des personnes, dans quelle mesure la Cour de justice de l'Union européenne participe par touches successives à « l'eupérisation » du juge helvétique. On examinera, tout d'abord, les dimensions de l'eupérianisation du juge suisse (I), avant d'en esquisser quelques fondements (II).

I. De l'examen de la méthode

Une interprétation domestique des contraintes implicites du juge européen (A) a conduit le Tribunal fédéral à s'affranchir des exigences strictes de l'article 16 de l'ALCP, s'autorisant à importer les méthodes mais aussi les concepts issus du droit de l'Union européenne (B).

A. La Cour de justice souveraine en son royaume

Depuis l'origine, la Cour de justice de l'Union européenne a forgé un régime d'interprétation dichotomique entre les dispositions des traités relatives au marché intérieur et les accords internationaux qui ont pour objectif d'instituer des régimes similaires. C'est en 1982 qu'elle a posé les premiers jalons de sa jurisprudence en matière d'interprétation différenciée des accords internationaux ayant un impact sur le marché intérieur. Elle était amenée à examiner un accord de libéralisation des échanges entre la Communauté et le Portugal, lequel avait pourtant vocation à adhérer. Si la Cour relève que la fonction dudit accord était de consolider les relations économiques du Portugal avec la Communauté en vue de « contribuer à l'œuvre de la construction européenne », elle ne juge pas pour autant légitime, dans son interprétation, de lui accorder un traitement spécifique plus favorable. S'appuyant sur les règles classiques d'interprétation des traités internationaux telles qu'elles découlent de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le

suisse et le juge européen », in François BELLANGER, Jacques DE WERRA, dir., *Genève au confluent du droit interne et du droit international. Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012*, Genève, 2012, pp. 19-59).

⁹ Antoine GARAPON, Julie ALLARD, Frédéric GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008.

droit des traités¹⁰, elle procède à un examen littéral de l'accord. Bien qu'elle constate une similitude des termes employés dans les traités européens mais aussi dans l'accord bilatéral, elle relève que cette circonstance ne saurait justifier une transposition de la jurisprudence qui prévaut dans l'interprétation des restrictions à la libre circulation des marchandises en droit de l'Union.

Avec l'arrêt *Polydor*¹¹ la Cour pose donc pour la première fois le principe selon lequel il ne saurait y avoir équivalence entre les dispositions des accords internationaux et celles des traités de l'Union, les deux dispositifs ne partageant pas de communauté d'objectifs. La similitude des termes n'emporterait pas interprétation équivalente car l'examen doit aussi tenir compte des considérations politiques qui président à l'adoption des traités européens, lesquelles ne se retrouvent pas *ipso facto* dans les conventions internationales.

En effet, du point de vue de la Cour, les objectifs du traité - parmi lesquels figure l'achèvement du marché intérieur - doivent être pris en compte dans l'examen des restrictions aux libertés. Aussi, en déduit-elle qu'en tant que fondement des Communautés, le marché intérieur ne saurait admettre certaines restrictions, alors que ces dernières seraient parfaitement admissibles dans le contexte d'un accord bilatéral tel que celui sous examen.

La Cour de justice ne s'est pas départie de cette méthode lorsqu'elle a eu à connaître de l'interprétation de la Convention en matière de sécurité sociale entre la Suisse et l'Italie¹². La requérante, ressortissante française et italienne, avait travaillé en Italie et en Suisse. Lorsqu'elle introduit une demande de pension vieillesse en Italie, elle requiert des autorités italiennes la prise en compte des périodes d'assurance accomplies en Suisse. Ces dernières refusent au motif qu'elle n'était pas ressortissante de cet Etat. Saisie sur renvoi, la Cour de justice a ainsi considéré qu'un tel refus était contraire à l'article 12 du traité CE. Elle a estimé que les Etats membres étaient tenus de respecter les obligations qui leur incombent au titre du droit de l'Union, parmi lesquelles figure le principe de l'égalité de traitement, lorsqu'ils mettent en œuvre des conventions internationales quand bien même une telle obligation ne saurait être exigée de l'autre Etat contractant non membre (para. 33).

¹⁰ Organisation des Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

¹¹ CJCE, 9 février 1982, *Polydor et RSO Records*, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329.

¹² CJCE, 15 janvier 2002, *Elide Gottardo contre Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, aff. 55/00, Rec. 2002, p. I-413.

L'approche du juge européen semble respectueuse des prérogatives des interprètes authentiques dans le système juridique des Etats tiers tout en affirmant son rôle de gardien de l'intégrité de son propre juridique. La Cour renforce sa démarche lorsqu'elle a eu à se prononcer sur l'interprétation de l'ALCP. Elle a même introduit un critère négatif supplémentaire pour justifier la différenciation dans l'interprétation. Ainsi, considère-t-elle que le rejet de l'accord sur l'Espace économique européen¹³ et les perspectives de non-adhésion à un ensemble économique intégré que cela induit constitue une raison supplémentaire de non harmonisation jurisprudentielle¹⁴.

Au-delà des considérations politiques, nous sommes d'avis que l'attitude la Cour de justice semble impliquer une dimension punitive. Lorsqu'elle a eu à connaître de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Polydor*, la Cour de justice n'avait pas porté à l'avantage du Portugal son destin unional. Cette circonstance n'était pas de nature à changer fondamentalement les motifs de sa décision. Faut-il donc considérer que lorsqu'un accord bilatéral lie l'Union à un Etat tiers ayant vocation à adhérer l'interprétation de cet accord ne doit pas tenir compte de cette circonstance ? A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'un accord liant l'UE à un Etat tiers qui n'a pas de perspective dans l'adhésion, cette circonstance plaide t-elle en défaveur d'une interprétation homogène des dispositions similaires contenues dans les traités européens ?

En tout état de cause, l'approche de la Cour de justice vis-à-vis des accords bilatéraux renforcerait l'idée que ces derniers ont d'abord pour objectif « d'étendre et de systématiser le cadre conventionnel des relations »¹⁵ entre les entités parties. Pour sévère qu'elle puisse paraître, la solution retenue par la Cour de justice est demeurée constante et a suscité l'ire d'une partie de la doctrine suisse qui espérait que la vision plus amicale du Tribunal fédéral aurait incité la juridiction européenne à une approche plus ouverte vis-à-vis de l'ordre juridique suisse.

¹³ JO 1994, L 1, p. 3.

¹⁴ CJUE, 12 novembre 2009, *Grimme*, C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777 ; CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest*, C-541/08, Rec. 2010, p. I-1025 ; CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, C-70/09, Rec. 2010, p. I-7229 ; Christine KADDOUS, « Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur », *Revue suisse de droit international et européen*, no 2, 2010, pp. 129-136.

¹⁵ Christine KADDOUS, « L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », in *Le droit à la mesure de l'Homme. Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, pp. 407-422, spéc. p. 411.

B. Le Tribunal fédéral déférent hors de son prétoire

Basé sur l'acquis unional, les dispositions de l'ALCP se sont efforcées de clarifier son articulation avec le droit de l'Union tel qu'interprété postérieurement à son entrée en vigueur. C'est l'article 16 qui institue la norme de coordination visant à guider les juridictions suisses dans l'interprétation de l'ALCP. L'article 16 §2 de l'ALCP se lit comme suit : « Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature. La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le Comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence ».

En théorie, cette disposition n'habilite pas en tant que tel le Tribunal fédéral à prendre en compte la jurisprudence postérieure de la Cour de justice. D'ailleurs le juge suisse ne se considère pas lié par cette jurisprudence. Dans un arrêt du 30 novembre 2007, le Tribunal fédéral énonce que la Suisse n'étant pas un Etat membre des Communautés mais un Etat partie à l'ALCP, il ne se considérerait pas lié par la jurisprudence postérieure du juge européen¹⁶. Toutefois, le Tribunal fédéral rappelle itérativement qu'il tiendrait compte de la jurisprudence de la Cour et qu'il ne dérogerait à cette pratique que pour un juste motif¹⁷. Cette contorsion du juge suisse trahirait une posture davantage rhétorique¹⁸.

En effet, en dépit de cette pétition de principe, le Tribunal fédéral a, dans une série d'arrêts rendus au sujet de la libre circulation des personnes, clarifié les conditions d'intégration de la jurisprudence unionale postérieure, en proposant une approche domestique très ouverte. C'est dans le domaine de la sécurité sociale¹⁹ que

¹⁶ Dans l'ATF 134 II 10, le Tribunal rappelle que dans le cadre des relations entre la Suisse et l'Union européenne, il serait plus exact de parler de partie contractante (à l'Accord) et non d'Etat membre, rappelant ainsi la nature conventionnelle de l'ALCP.

¹⁷ ATF 137 III 226, c. 2.2.

¹⁸ Franz WERRO, « La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 CO », in Stephan FUHRER, Christine CHAPPUIS, *Droit de la responsabilité civile et des assurances. Liber amicorum Roland Brehm*, Berne, Stämpfli, 2012, pp. 471-478, spéc. p. 476 ; Pascal PICHONNAZ, « Le centenaire du Code des obligations. Un code hors du Code », *Revue de droit suisse*, vol. II, 2011, pp. 117-226.

¹⁹ Bettina KAHIL-WOLFF, « L'application et l'interprétation de l'ALCP : le cas de la sécurité sociale », in Astrid EPINEY, Beate METZ, Robert MOSTERS, *L'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE*, Zurich, Schulthess, 2011, pp. 79-80.

cette européisation est la plus prégnante puisque le juge suisse emploie les concepts du droit unional tel que le principe de l'effet utile et use des méthodes interprétatives propres au juge européen tel que la préférence pour le dispositif le plus favorable en cas de conflits ou de concurrence de norme. Dans l'ATF 134 II 10 susmentionné, afin de déterminer si le conjoint étranger d'un ressortissant de l'Union établi en Suisse pouvait se prévaloir des règles sur la libre circulation alors même qu'il aurait fait l'objet de poursuites pénales, le Tribunal déclare que l'examen de la condition du séjour légal préalable ne doit pas, « pour reprendre la terminologie » de la Cour de justice, priver la « norme de son *'effet utile'* ».

Le Tribunal fédéral a ainsi forgé une interprétation finaliste de l'article 16 en admettant que la prise en compte de la jurisprudence postérieure de la Cour s'étende au cas où l'application de l'accord implique des notions de droit de l'Union²⁰. L'obligation d'offrir une protection équivalente ne joue en principe qu'en cas de référence expresse à un acte de la Communauté. Elle a été étendue et le droit de l'Union devient une source de référence dès lors que l'accord transpose des dispositions qui figurent dans le droit de l'Union. Le traité est utilisé mais ce sont souvent les actes de droit dérivé. Il a également admis la pertinence de la jurisprudence postérieure lorsque l'arrêt nouveau ne fait que préciser un arrêt précédent. C'est ce qui a été au cœur de l'alignement du Tribunal fédéral sur la « saga » Metock.

Le point de départ du Tribunal fédéral demeure bien évidemment son arrêt de référence du 25 mars 2003 relatif au transfert de créance en cas d'acquisition d'une entreprise après faillite²¹. Dans cette affaire qui ne mettait pas directement en cause l'ALCP mais l'interprétation de l'article 333 du Code des obligations suisse (relatif aux incidences du transfert d'entreprise sur les rapports de travail), le Tribunal fédéral a ainsi forgé son concept d'adaptation autonome du droit suisse au droit européen. Celui-ci implique que lorsque le droit national suisse dérive pour partie du droit européen, les méthodes d'interprétation du deuxième doivent être prises en compte dans la mesure où le droit interne l'autorise. Lorsque les exigences du droit interne permettent la reprise autonome du droit européen, il appartient dès lors au juge suisse de prendre en compte la jurisprudence postérieure de la Cour de justice.

Dans un arrêt du 26 janvier 2010, le Tribunal fédéral a tiré toutes les conséquences de son sa décision fondatrice en rejetant l'interprétation qui était donnée

²⁰ ATF 131 II 339 c. 3.1.

²¹ ATF 129 III 335.

dans un Message du Conseil fédéral relativement aux lois fiscales qui instituent une différence de traitement entre travailleurs résidents et travailleurs non-résidents²². Il a estimé que la légitimation de cette inégalité de traitement, fut elle d'origine politique, était en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice qui prohibe les discriminations, qu'elles soient directes ou indirectes.

La portée de cet arrêt ne doit pas être négligée car il illustre l'état de déférence du Tribunal fédéral vis-à-vis de l'institution européenne. En effet, même lorsque l'application de l'ALCP n'est qu'indirectement en cause, le Tribunal fédéral n'hésite pas à recourir aux méthodes de la Cour de justice pour interpréter les conventions bilatérales dont elle est amenée à clarifier les dispositions.

Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 2007²³, invité à se prononcer sur l'articulation de l'ALCP avec les dispositions de la convention franco-suisse en matière de sécurité sociale, le Tribunal fédéral n'a pas hésité à appliquer la jurisprudence de la Cour de justice en matière de conflits de normes. Il conclut que dans cette situation il convenait d'appliquer la convention qui offrait le plus de protection, sous réserves des conditions énoncées par la Cour de justice.

En posant une exigence d'interprétation conforme de la législation reprise, le tribunal fédéral a minimisé l'impact du droit international général qui traditionnellement guide le juge suisse dans son travail interprétatif. Explorons maintenant les ressorts de la méthode.

II. Des fondements de la méthode

Si la doctrine²⁴ a pu considérer qu'une interprétation uniforme et homogène des notions de droit européen contenues dans l'ALCP, et ce en vue d'assurer le bon fonctionnement de ce texte, justifie la prise en compte par le TF de la jurisprudence postérieure de la Cour de justice, il n'empêche que cette approche soulève une série de questions notamment quant à sa légitimité (B). A l'inverse du juge

²² ATF 136 II 241.

²³ ATF 133 V 329.

²⁴ Christine KADDOUS, « L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », op.cit., note 15, p. 415 ; Florence AUBRY GIRARDIN, « L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence », in *L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE*, Zurich, Schulthess, 2011, pp. 29-48, spéc. p. 46 ; Carl BAUDENBACHER, « Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law », op.cit., note 7, p. 577.

unional qui assoit l'exclusion de la Suisse du marché intérieur sur sa non-participation à l'intégration européenne, le juge fédéral se fonde sur une analyse prescriptive de l'article 16 pour annihiler la distinction acquis - jurisprudence postérieure, formellement incluse dans l'accord (A).

A. L'application uniforme de l'ALCP, fondement discutable de l'interprétation prescriptive de son article 16 par. 2

L'extension de l'acquis unional à l'interprétation de l'ALCP résulte d'une approche prescriptive de l'article 16. Le Tribunal fédéral considère qu'une appréhension homogène de la libre circulation doit primer sur la différenciation naturelle qui existe dans le régime du marché intérieur, d'une part, celui de l'accord, d'autre part. En ce sens, le Tribunal adopte une posture normative de l'article 16 en interprétant assez largement le sens de la jurisprudence antérieure d'une part et en niant la différenciation que la disposition introduit s'agissant du traitement qu'il convient d'accorder à la jurisprudence postérieure.

Pour autant, l'approche du Tribunal fédéral peine à convaincre la doctrine germanophone divisée. Si l'on s'en tient à l'obligation de reprise de la jurisprudence antérieure, l'objectif d'harmonisation du droit suisse avec le droit européen qui le sous-tend convainc assez largement la doctrine, qu'elle résulte d'une approche téléologique ou qu'elle repose sur une exigence de compatibilité normative²⁵.

Pour simple qu'il puisse paraître, l'enjeu est toutefois crucial. Les juridictions suisses doivent-elles suivre l'interprétation de la CJUE ou doivent-elles présumer que l'intention du législateur est d'offrir une réponse domestique ?

Une réponse à cette question dépend de la perception que l'on a de l'articulation qui *doit* être faite entre l'accord bilatéral et le droit européen. A la différence de l'Accord sur les transports aériens²⁶ qui exige une interprétation conformément à

²⁵ Marc AMSTUTZ, « Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht: Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz », in Franz WERRO, Thomas PROBST, dir., *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne, Stämpfli, 2004, spec. pp. 105-144.

²⁶ Article 1 para. 2 : « pour autant qu'elles soient identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté européenne et aux actes adoptés en application de ce traité, ces dispositions sont interprétées, aux fins de leur mise en œuvre et application,

la jurisprudence de la Cour des notions de droit de l'Union impliquées dans son application, l'ALCP impose une prise en compte de la jurisprudence de la Cour. Pour Francesco Maiani²⁷ l'argument du parallélisme²⁸ qui serait au fondement de l'ALCP doit dès lors être nuancé dans la mesure où il dépend *in fine* d'une interprétation du Tribunal fédéral. Cet argument doit aussi être nuancé au risque d'annihiler l'essence conventionnelle des accords bilatéraux.

La liberté interprétative qui est accordée au juge suisse est reflétée dans l'attitude divisée de la doctrine lorsque l'on examine l'obligation prétorienne de reprise de la jurisprudence postérieure, la doctrine est moins unanime. Une majorité²⁹ de la doctrine suisse est favorable au reflux des contraintes internes qui pèsent sur le juge suisse lorsqu'il est amené à connaître d'une affaire mettant en cause les affaires européennes. Il est évident qu'une approche déductive permet d'aboutir à ce résultat alors qu'une démarche inductive empêche de généraliser la position du Tribunal fédéral en raison du pragmatisme de ses positions.

En considérant que seule une approche dynamique de l'interprétation des règles permettrait de respecter « la volonté du législateur »³⁰ le Tribunal fédéral a adopté une posture de pragmatisme méthodologique qui n'est pas sans soulever quelques interrogations quant à sa légitimité (B).

conformément aux décisions et arrêts de la Cour de justice et de la Commission des Communautés européennes rendus avant la date de signature du présent Accord ».

²⁷ Francesco MAIANI, « La 'saga Metock', ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne », *Revue de droit suisse*, vol. I, 2011, pp. 27-53, spéc. p. 35.

²⁸ Astrid EPINEY, Robert MOSTERS, « Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes », in Astrid EPINEY, Florence RIVIÈRE, *Interprétation et application des « traités d'intégration ». De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse*, Zurich, Schulthess, 2006, pp. 57-73 ; Véronique BOILLET, « La détermination du champ d'application de l'accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice : les implications des arrêts Zambrano et McCarty », *Pratique juridique actuelle*, 2012, pp. 49-55.

²⁹ Bernd STAUDER, « L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats », in Franz WERRO, Thomas PROBST, dir., *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Berne, Stämpfli, 2004, pp. 75-104 ; Carl BAUDENBACHER, « From Diplomacy to Judicialisation. Some Thoughts on EU-Swiss Relation », in Pascal CARDONNEL, Allan ROSAS, Nils WAHL, dir., *Constitutionalising the EU Judicial System*, pp. 39-55, spéc. p. 48 ; Pascal PICHONNAZ, « Le centenaire du Code des obligations », op.cit., note 18, p. 201.

³⁰ Pascal PICHONNAZ, « Le centenaire du Code des obligations », *ibid.*, p. 199.

B. Le pragmatisme méthodologique du Tribunal fédéral : fondement ou limite à la liberté interprétative du juge suisse ?

La reprise des concepts issus de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union soulève une série de questions relatives à la légitimité de l'usage du droit comparé³¹. D'aucuns considèrent que la ratio pragmatique ne constitue pas une raison suffisante pour justifier le recours à la méthode unionale aussi longtemps que le Tribunal fédéral ne mènera pas une réflexion théorique sur les fondements de ce renvoi.

Traditionnellement, le juge suisse confronté à l'examen d'une disposition décrit son travail interprétatif en se référant à une *méthode*. Cette démarche lui intime, lorsqu'il est confronté à des difficultés d'interprétation de le « résoudre seul, en se conformant aux règles d'interprétation habituelles déduites de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [...] ». Pour ce qui est de l'interprétation des accords internationaux, la Convention de Vienne pose des principes directeurs qui sont relativement semblables aux méthodes d'interprétation valant pour les normes générales et abstraites que la jurisprudence fédérale a consacrées »³².

Tout en étant fidèle à cette méthodologie, le Tribunal fédéral usait d'une technique argumentative relativiste, énonçant que dans son examen il ne privilégiait aucun élément d'interprétation. Il a ainsi rappelé qu'aucune hiérarchie entre ces « méthodes », ne devait être opérée. La démarche du tribunal est itérativement rappelée dans sa jurisprudence :

« La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale ou grammaticale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, respectivement si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but et de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'in-

³¹ Franz WERRO, « La jurisprudence et le droit comparé. La propagation des concepts juridiques », in *Perméabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Zurich, Schulthess, 1992.

³² ATF 135 V 339, c. 5.3.

térêt protégé (interprétation téléologique), et de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Lors de cet examen, il convient de privilégier une approche pragmatique s'inspirant d'une pluralité de méthodes, étant précisé que les différentes méthodes d'interprétation ne sont soumises à aucun ordre de priorité »³³.

La Haute Cour semble procéder à une pesée *casuistique* des intérêts. Cette attitude, qualifiée par les juges de Mont-Repos eux-mêmes de pluralisme méthodologique à caractère pragmatique, empêche toute réflexion théorique globale sur la justification de la préférence pour une interprétation plutôt que pour une autre.

En opérant par le biais d'un pluralisme pragmatique, le TF s'est donc exposé à de nombreuses critiques méthodologiques. Si l'on se réfère à François Ost³⁴ qui considère que l'interprétation se confond avec la solution des antinomies ainsi que le comblement des lacunes, si nécessaire, la prétendue recherche de la véritable portée d'une norme peut conduire le juge à se substituer à la volonté du législateur. D'autres auteurs réfutent toute démarche scientifique à la méthode éclectique.³⁵

Les critiques qui sont adressées au TF quant à l'usage désorganisé de son paradigme pluraliste font écho à ceux que l'on avait pu faire à la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elle a élaboré sa doctrine constitutionnelle.

Dans son arrêt Van Gend & Loos, la Cour avait en effet fondé le principe de l'effet direct au terme d'un exercice interprétatif qui l'avait poussé à préférer la méthode téléologique sur la méthode littérale. Bien qu'elle ait également parvenue à dégager l'invocabilité de l'ex article 12 CEE en la fondant sur la lettre de cette clause de *standstill* – de manière discutable d'ailleurs –, elle ne l'avait fait qu'après avoir privilégié l'examen de l'objectif général du traité CEE. Mais à la différence du Tribunal fédéral, la Cour de justice assumait parfaitement cette hiérarchie. C'est sans

³³ ATF 135 V 249 c. 4.1 p. 252, ATF 135 II 78, c. 2.2 p. 81, ATF 135 III 112, c. 3.3.2, ATAF 2007/4 c. 3.1.

³⁴ François OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 83-84.

³⁵ Alain PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*. *De la codification légaliste au droit prudentiel*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 171 ; Pierre MOOR, *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*, Genève, Schulthess, 2010, p. 52. Pascal PICHONNAZ, Stephan VOGNAUER, « Le 'pluralisme pragmatique' du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode ? (Réflexions sur l'ATF 123 III 292) », *Pratique Juridique Actuelle*, no 4, 1999, pp. 417-426 ; Carl BAUDENBACHER, « From Diplomacy to Judicialisation. Some Thoughts on EU-Swiss Relation », op.cit., note 29, pp. 47-48.

doute pour cette raison qu'on a pu lui reprocher le caractère anti-démocratique de son positionnement. Le Tribunal fédéral, en optant pour une méthodologie non hiérarchisante s'expose bien évidemment à des critiques sur le plan de la démarche mais fondamentalement échappe à toute critique qui serait portée quant à la légitimité de sa décision.

Le paradigme pluraliste encourt toutefois des critiques lorsqu'il est employé aux fins de mise en œuvre d'une norme liée à des contraintes extranationale. S'il est vrai que la théorie démocratique impose au juge de n'appliquer que le droit, il est clair que le recours à des principes issus du forum européen questionne. En se considérant lié par la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de l'ALCP, le Tribunal fédéral exerce un rôle de juge européen, s'affranchissant à la fois des exigences du droit international et sur-interprétant les contraintes provenant du droit européen.

Afin de justifier l'alignement de son interprétation des dispositions de l'ALCP, le Tribunal fédéral a en effet considéré qu'il se devait de veiller à une application uniforme dudit accord, refusant ainsi de s'écarter de la jurisprudence de la Cour de justice sans raison valable³⁶ et abandonnant l'argument tiré du droit interne. La pertinence de la jurisprudence de la CJUE en droit suisse est perçue « comme la conséquence logique de la volonté du législateur suisse de garantir à un texte une application uniforme c'est-à-dire en conformité avec celle qui prévaut dans les Etats membres sous l'autorité de la CJCE »³⁷. Le maintien temporel de l'euro-compatibilité se justifie donc par une présomption d'acquiescement du législateur³⁸.

La compatibilité normative entre l'appréhension des dispositions du droit suisse d'essence unional et le droit européen qui résulte de l'interprétation normative ne peut pas se fonder sur une présomption, fut elle réfragable, de volonté législative. En effet, l'attitude de déférence du Tribunal fédéral est de nature à altérer sensiblement le fondement de son office au même titre que celui du juge unional de droit commun, alors que l'un et l'autre exercent des fonctions différentes. Il suffit

³⁶ ATF 136 II 5 c. 3.6.1; ATF 136 II 65 c. 3.1.

³⁷ Bernd STAUDER, « L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit des contrats », op.cit., note 29, pp. 79-80.

³⁸ Pascal PICHONNAZ, « Le centenaire du Code des obligations », op.cit., note 18, p. 201 ; Anne-Christine FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, Berne, Stämpfli, Bruylant SA Bruxelles, LGDJ Paris, 2011, p. 169.

de relire les conclusions de l'avocat général Niilo Jääskinen³⁹ pour s'en convaincre. Il considère en effet que l'article 16 de l'ALCP doit être interprété de sorte à en préserver l'objectif qui est « de ne pas soumettre la Confédération suisse aux interprétations futures de l'accord CE Suisse établies par l'organe juridictionnel de l'autre partie contractante, nommément la Cour » (point 32) mais de préserver une « ligne d'interprétation spécifique » de l'arrangement bilatéral. Cette posture classique de la fonction du juge n'est pas propice à rehausser la liberté interprétative du juge suisse, qu'elle entend davantage défier.

Que reste-t-il alors de la marge du juge ordinaire ? Une nouvelle lecture de la théorie réaliste de l'interprétation héritée de Hans Kelsen, donnant une vision alternative d'un juge omnipotent, interprète-créditeur du droit, permet d'appréhender la posture de la juridiction suisse. L'interprète authentique de la norme doit prendre en compte un certain nombre de facteurs, qui bien qu'extérieurs à son système juridique, ont une incidence à l'intérieur du système au sein duquel il évolue. En clair, lorsque le juge fédéral s'approprie les méthodes et les concepts tirés de la jurisprudence européenne, il s'affranchit de la loi positive qui lui intime de n'appliquer que les dispositifs internes.

Cette exigence apparaît dès lors comme une contrainte dans sa liberté interprétative. En souscrivant à la nécessité d'une homogénéisation du régime de la libre circulation le Tribunal fédéral accepte de s'en remettre aux arbitrages de l'autorité interprétative ultime, à savoir la Cour de justice de l'Union européenne.

Conclusion

Si la Cour de justice a une approche plus conventionnelle de la relation Suisse UE, l'attitude europunienne du Tribunal fédéral témoigne à l'inverse de la recherche d'un droit commun. C'est sans doute ce qui explique la plus grande ouverture du juge suisse alors que la politique prudente de la Cour de Luxembourg est marquée par une grande fermeté. S'il est clair que des considérations politiques ne sont pas

³⁹ Conclusions de l'Avocat général Niilo JÄÄSKINEN du 18 octobre 2012 dans l'affaire 425/11 *Katja Ettwein c. Finanzamt Konstanz* (consulté le 13 février 2013 sur <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=128665&mode=lst&pageIndex=0>>) et du 13 septembre 2012 dans l'affaire 547/10 P *Suisse c. Commission*, (consulté le 13 février 2013 sur <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126806&pageIndex=0&-doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=679612>>) non encore publié au Recueil, disponible sur <curia.europa.eu>.

absentes dans les modalités de détermination du juge suisse, la réception des contraintes procédurales qu'impose traditionnellement le système juridictionnel européen sur l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres s'en verraient étendus par le juge suisse est de nature à soulever de sérieuses questions de légitimité, que la seule familiarité du juge suisse avec le droit extranational en général ne justifie que partiellement. Il serait néanmoins malvenu de généraliser hâtivement la position du juge suisse dans un contexte où le statisme initial des accords bilatéraux soulève des difficultés politiques et où l'enthousiasme principal du Tribunal fédéral semble cantonné à des domaines où l'intérêt national suisse semble prévaloir.